

Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna

Tom II • 2013 • Numer 2 • s. 154-168

www.filozofiapubliczna.amu.edu.pl • ISSN 2299-1875 • ISBN 978-83-7092-158-3

DOI: 10.14746/fped.2013.2.2.20

# Charakter władzy suwerennej w koncepcjach ładu konstytucyjnego Hansa Kelsena i Carla Schmitta

Krzysztof J. Kaleta\*, Krzysztof Koźmiński\*\*

## The nature of sovereign power in the constitutional concepts of Hans Kelsen and Carl Schmitt

**Abstract:** The purpose of this article is to review the controversy between two, potentially most influential legal theorists in 20th century, Hans Kelsen and Carl Schmitt. Their philosophical concepts: Schmittian decisionism and Kelsenian normativism, were based on different assumptions, leading their authors to variant practical conclusions. It is reasonable to infer that the differences in their visions of constitutional order were deeply rooted in different intellectual traditions – not only political (Kelsen's involvement in defense of liberal democracy unlike Carl Schmitt, whose conservative attitude and critique of liberalism led to support totalitarian state and extreme right-wing ideology), but also theological (pantheistic idea of God and fideism; conflict between rationality and faith). So from this perspective „*Pure theory of law*” can be seen as pantheistic political theology, because „*pantheism overcomes the opposition of God and World; the Pure Theory of Law accordingly overcomes the opposition of State and Law*”. On the other hand legal philosophy of Carl Schmitt is inspired by the Roman Catholic theological concept of the miracle, whereby God is free from the laws

---

\* Uniwersytet Warszawski  
k.j.kaleta@wpia.uw.edu.pl;

\*\* Uniwersytet Warszawski  
k.kozminski@wpia.uw.edu.pl)

of nature – and in consequence – the sovereign is not bound by the law and may decide exceptions to it.

**Keywords:** sovereignty, normativism, authoritarianism, constitution, liberalism



Bez wątpienia intelektualne polemiki wielkich umysłów danej epoki wyznaczają kamienie milowe rozwoju myśli filozoficznej. Filozofia prawa XX wieku ogromnie wiele zawdzięcza prowadzonym w dobie dwudziestolecia międzywojennego sporom w obrębie niemieckiej i austriackiej doktryny prawa państwowego. Wśród nich na uwagę zasługuje niewątpliwie debata między C. Schmittem oraz H. Kelsenem. W jej centrum znalazły się fundamentalne problemy prawoznawstwa, jak relacja polityki oraz prawa, a także sposób rozumienia kategorii władzy suwerennej. Sformułowana przez C. Schmitta koncepcja określana mianem decyzyzmu oraz zaprezentowany przez H. Kelsena normatywizm oparte zostały na przeciwstawnych założeniach filozoficznych, prowadząc adwersarzy do odmiennych wniosków praktycznych. W konsekwencji prezentowali oni niejednokrotnie skrajnie odmienne propozycje rozwiązań instytucjonalnych, operując jednocześnie podobnymi kategoriami analitycznymi, wspólnymi terminami z zakresu filozofii prawa i polityki, co więcej – w swoich wywodach opierali się na tym samym materiale normatywnym.

Polemika wspomnianych autorów jest bogata i wieloaspektowa – niejednokrotnie polemizowali ze sobą wprost krytykując poglądy adwersarza, wymieniając go przy tym z imienia i nazwiska, jeszcze częściej spór ów przybierał charakter skryty, dostrzegalny dopiero po wnikliwej analizie ich publikacji – widać go na poziomie symboli, metafor, niby przypadkowych komentarzy, przypisów. W konsekwencji koncepcje H. Kelsena i C. Schmitta składają się na radykalnie odmienne wizje ładu konstytucyjnego. Pozostają one w nieuniknionym napięciu. Decyzyzizm C. Schmitta jest negacją praworządności w wersji *Rechtsstaat* wspieranej przez normatywizm i proceduralizm H. Kelsena; natomiast prace autora „Czystej teorii prawa” stanowią próbę obrony

liberalnego państwa przed próbującymi go dyskredytować i delegitymizować atakami wyprowadzanymi z pozycji autorytarnych. Wspomniani autorzy, ukształtowani przez zupełnie różne tradycje intelektualne, przyjmowali radykalnie odmienne założenia filozoficzne (Kelsen – agnostyk, zainspirowany neokantyzmem i Schmitt – konserwatywny katolik i antymodernista). Przekładało się to na istotne różnice w sposobie rozumienia fundamentalnych terminów z zakresu prawa państwowego.

Podstawowa różnica prezentowanych koncepcji wynika z formułowania konkurencyjnych tez co do zasady osadzonych jednak na odmiennych płaszczyznach refleksji naukowej. Wspomniane płaszczyzny stanowią odbicie dualizmu sfery bytu (*Sein*) i powinności (*Sollen*). Pojęcie państwa oraz suwerennej władzy w teoriach obu myślicieli umiejscawiane były na dwóch tradycyjnie przedstawianych sobie poziomach analizy. Dokonywane niejednokrotnie przez interpretatorów myśli obu uczonych przesunięcia kategoriale lub wręcz hipostazy są – jak się wydaje – konsekwencją wspólnej dla obu myślicieli szerokiej perspektywy ujęcia omawianej problematyki z zakresu nauki o państwie. Wyraża się ona w zespoleniu zarówno określonej filozofii politycznej, jak i oryginalnej teorii prawa, których efektem stały się także propozycje konkretnych rozwiązań normatywnych. Myśli Schmitta i Kelsena wyróżniała bowiem również szczególna wrażliwość na realia życia politycznego, próba aplikacji w warunkach Republiki Weimarskiej rozwiązań normatywnych stanowiących refleks przyjmowanych założeń filozoficznych.

## II

Zgodnie z pozytywistycznym paradygmatem badań H. Kelsen uznawał, iż zadaniem nauki prawa jest badanie jedynie formalnych aspektów prawa, stąd sformułowana przez niego tzw. „czysta teoria prawa” (*Reine Rechtslehre*) przedmiotem zainteresowania czyniła wyłącznie powinność jako specyficzny byt wolny od wszelkich uwikłań łączących ją ze sferą faktów rzeczywistości społecznej.

Ponieważ moralność jest zjawiskiem ze sfery faktycznej (*Sein*), dotyczy bowiem tego co jest, jakiegokolwiek pojęciowe

łączenie systemu moralności z prawem Kelsen uznawał za niedopuszczalne. Prawo należy bowiem do sfery czystej powinności (*Sollen*), określa jak być powinno. Tymczasem byt i powinność są diametralnie innymi sferami istnienia i poznania. Powinności są wyrażane za pośrednictwem norm. W konsekwencji poznanie prawa to poznanie norm. Każda norma prawna jest przede wszystkim elementem systemu prawa, który jest logicznie i hierarchicznie uporządkowanym zbiorem norm.

Podczas gdy moralność stanowi system statyczny zbudowany na zasadzie treściowego powiązania (wynikania) norm, spoiwem systemu prawnego są normy kompetencyjne. System prawa posiada strukturę piramidy norm i ma dynamiczny charakter. Norma N1 obowiązuje gdy wskazać można normę wyższego rzędu N2 zawierającą kompetencję do jej ustanowienia. Na szczycie hierarchicznego systemu stoi norma konstytucyjna udzielającą kompetencji do stanowienia innych norm, te zaś udzielają kompetencji do dokonywania dalszych aktów stanowienia prawa. U samego dołu piramidy znajdują się normy indywidualne i konkretne, które nie są już nośnikami kompetencji prawotwórczych, lecz konkretnych powinności wyrażonych w formie nakazów lub zakazów kierowanych do podmiotów prawa.

Przy takim ujęciu systemu prawa powstaje pytanie o źródła obowiązywania historycznie pierwszej konstytucji. Problem ten miał dla Kelsena *stricte* filozoficzny charakter. Upoważnienia do tworzenia pierwszej konstytucji nie da się bowiem wywieść z normy kompetencyjnej zawartej w akcie normatywnym wyższego rzędu. Zdaniem H. Kelsena do zrozumienia istoty prawa jako porządku normatywnego konieczne jest przyjęcie założenia, iż na szczycie hierarchii norm stoi norma podstawowa (*Grundnorm*) pozwalająca zinterpretować cały system prawa jako logiczną strukturę norm. Norma podstawowa nie jest ustanowiona i nie stanowi elementu systemu. Pozbawiona jest także konkretnej treści. Stanowi transcendentalno-logiczne założenie. Nakazuje jedynie realizację norm niższych szczebli ustanowionych zgodnie z kompetencjami przewidzianymi w konstytucji. W pewnym uproszeniu możemy powiedzieć, że norma podstawowa wyposaża w kompetencje prawodawcze pierwszego prawodawcę, który ustanawia historycznie pierwszą

konstytucję. Naczelną zasadą porządku prawnego staje się zatem legalizm działań organów władzy publicznej, bowiem zdaniem H. Kelsena „demokracja bez kontroli jest na dłuższy przeciąg czasu rzeczą niemożliwą, poniechanie tego samoo graniczenia, jakim jest zasada legalności, równoznaczne jest z samobójstwem demokracji”<sup>1</sup>.

W przeciwieństwie do austriackiego teoretyka, C. Schmitt interpretuje porządek prawny przede wszystkim w kategoriach substancjalnych. Podstawą prawnych koncepcji Schmitta jest rozróżnienie konstytucji (*Verfassung*) oraz prawodawstwa konstytucyjnego (*Verfassungsgesetz*). Konstytucja jest, zdaniem niemieckiego jurysty, tradycyjnym, prawdziwym porządkiem prawno-politycznym danego państwa (w przypadku Niemiec jest to niedemokratyczny system cesarski), utrwalonym przez wieki doświadczeń, charakter wspólnoty narodowej i religię. Innymi słowy to „sposób bycia” (*die Daseinweise*)<sup>2</sup>. Przy takim założeniu prawodawstwo konstytucyjne (czyli konstytucja i ustawy Republiki Weimarskiej) jest zaledwie zespołem przepisów, których doniosłość jest zdecydowanie mniejsza niż konstytucji.

Prawodawstwo konstytucyjne – konsekwencja pozytywnizmu prawniczego – jest tworzone przez ludzi i ich instytucje, może być przez nich zmienione, stać się nawet narzędziem rewolucji. Współczesne ustawy ustrojowe (jako elementy prawa konstytucyjnego) wprowadzają podział władzy i jej związaną z prawem, co – zdaniem C. Schmitta – odbiera władzy państwowej przymiot suwerenności. Myślenie takie charakterystyczne jest dla dominującej liberalnej teorii konstytucjonalizmu, gdzie władza została poddana została procesowi racjonalizacji – powołana jest po to, by świadczyć usługi i realizować określone zadania. W konsekwencji władza ta jest ograniczona, jest „ukonstituowana przez społeczeństwo” i, zgodnie z powszechnym wyobrażeniem, pozostaje „na służbie społeczeństwa”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Hans Kelsen, *O istocie i wartości demokracji*, przeł. F. Turynowa, Warszawa 1936, s. 97-99.

<sup>2</sup> Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Akademischer Verlag, Berlin 1993, s. 4.

<sup>3</sup> Paweł Kaczorowski, *My i oni, państwo jako jedność polityczna. Filozofia polityczna Carla Schmitta w okresie republiki weimarskiej*, Szkoła Główna Handlowa, Warszawa 1998, s. 203 i n.



W centrum zainteresowania obu filozofów znajdowała się instytucja państwa. Sposób rozumienia państwa i jego związków z prawem warunkował dalsze ustalenie, przede wszystkim zaś formę i granice władzy suwerennej.

Wyraźne zorientowanie refleksji na problem państwa warto podkreślić w szczególności w odniesieniu do C. Schmita. Uczynienie państwa, nie zaś narodu dominantą refleksji filozoficznej czyni go postacią wyjątkową na tle niemieckiej prawicy dwudziestolecia międzywojennego. Wartość nadrzędną stanowiło dlań przetrwanie państwa, bez względu na jego konkretną formułę polityczną, gwarantowało bowiem porządek zachowań społecznych na danym obszarze.

W zupełnie inny sposób państwo afirmował H. Kelsen. Autorytet państwa wynikał z jego ścisłego powiązania ze światem idealnych powinności. Zgodnie z rozwijaną przez tego myśliciela tezą o jedności państwa i prawa, każde państwo miało charakter państwa prawnego bowiem konceptualnie niemożliwym było analizowanie fenomenu państwa bez odnoszenia go do prawa, które niejako konstytuowało byt państwowy<sup>4</sup>. Stanowisko to pozostawało w sprzeczności z dominującym w niemieckiej jurysprudenckiej poglądem o zależności prawa od państwa, rozumiane go jako fakt polityczny, za sprawą którego prawo powstaje i jest egzekwowane. Dominująca wówczas teoria dualistyczna, której najbardziej znanym propagatorem był G. Jellinek, zakładała, że państwo to system norm i stowarzyszenie ludzi jednocześnie. Wyróżniona jest zdolność do władztwa, czyli realizacji swojej woli wbrew jakiegokolwiek woli przeciwstawnej. Oznacza to, iż u jego podstaw stoi realna siła o charakterze pierwotnym wynikająca z jedność ludzkich istnień połączonych wspólną wolą politycznego działania. Tymczasem dla Kelsena państwo istnieje tylko w wymiarze czysto prawnym a pierwotna władza stanowi jedynie fikcję prawną. Zdaniem Kelsena dla pojęcia państwa nie ma znaczenia wymiar socjologiczny. Niemożliwe jest bowiem zidentyfikowanie działań państwa bez domniemania ważności

<sup>4</sup> H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Scientia Verlag, Tübingen 1922, s. 190.

norm prawnych. Przypisywanie państwu bytu odrębnego od konstrukcji *stricte* jurystycznej stanowi jedynie użyteczną personifikację.

#### IV

W konsekwencji na gruncie filozofii H. Kelsena pojęcie politycznego suwerena zostaje konceptualnie wyeliminowane. Samo pojęcie ludu staje się nierozzerwalnie powiązane z normatywną strukturą państwa. Prawo warunkuje istnienie państwa, bez którego konceptualnie nie istnieje lud w sensie politycznym jako podmiot władzy suwerennej<sup>5</sup>.

W przekonaniu H. Kelsena przyjęcie stanowiska dualistycznego i rozdzielenie sfery działań państwa od prawa stanowiloby istotne ograniczenie rządów prawa. W koncepcji monistycznej problem zakresu władzy państwowej zostaje sprowadzony do treści prawa pozytywnego<sup>6</sup>. Prawo zaś z jednej strony pozostaje otwarte na zmiany w procesie demokratycznym, z drugiej zaś poddane systemowi kontroli realizującemu wymogi rządów prawa (np. przez instytucje sądownictwa konstytucyjnego). Innymi słowy, w ocenie H. Kelsena, nie można mówić o legitymowanej władzy politycznej bez odniesienia się do prawa, które wyznaczałoby jej prawomocne granice.

Kwestię suwerenności inaczej rozumiał C. Schmitt. Zdaniem niemieckiego filozofa mianem suwerena można określić tylko taki podmiot, który może decydować o stanie wyjątkowym, stoi zatem ponad normalnie obowiązującym porządkiem prawnym<sup>7</sup>. Dla niemieckiego filozofa wszystkie istotne pojęcia z zakresu współczesnej nauki o państwie to zsekularyzowane pojęcia teologiczne. Przekonanie o boskiej omnipotencji i zainteresowaniu Opatrzności sprawami ziemskimi (w które nie tylko jest zdolna ingerować, ale i rzeczywiście ingeruje) prowadzi Schmitta do sformułowania dobrze dziś znanej analogii: „Stan wyjątkowy ma dla

<sup>5</sup> H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1945, s. 233-241; tegoż, *O istocie...*, dz. cyt., s. 22 i n.

<sup>6</sup> Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 16-17.

<sup>7</sup> C. Schmitt, *Teologia polityczna i inne pisma*, przeł. M. Cichocki, Znak, Kraków–Warszawa 2000, s. 33-34.



nauki o prawie analogiczne znaczenie jak cud w naukach teologicznych... Tak więc w teologii porzucono wiarę w bezpośrednią boską ingerencję, która przełamywała prawa natury, tworząc wyjątek (wiarę tę wyrażało właśnie pojęcie cudu), tak jak w naukach prawnych odrzucono możliwość bezpośredniej ingerencji suwerena w obowiązujący porządek prawny. Oświeceniowy racjonalizm w ogóle nie dopuszczał myśli o pojawieniu się sytuacji wyjątkowej. Wartość państwa polega na tym, iż podejmuje ono decyzje, tak jak wartość Kościoła zawiera się w tym, że jego decyzje mają charakter ostateczny i nieodwołalny”<sup>8</sup>.

Konsekwencją przywiązania Schmitta do fideistycznej teologii jest niechęć do racjonalistycznych, systematycznych i logicznie uporządkowanych doktryn. Zdaniem niemieckiego prawnika opierają się one na błędnym założeniu, iż raz ustanowione zasady rządzące światem nie wymagają dalszych korekt, a raz wprawiona w ruch machina państwowa – działać będzie w nieskończoność. C. Schmitt zarzuca liberalnym myślicielom politycznym, że zakładają naiwnie, iż „system prawno-konstytucyjny to swoiste *perpetuum mobile*”<sup>9</sup>; wystarczy jednorazowa aktywność prawodawcy, by „wprawiony w ruch” system niezawodnie funkcjonował. Jak pisał autor „Teologii politycznej”: „Powszechność obowiązywania reguły prawnej utożsamiono z pozbawionym jakichkolwiek wyjątków systemem pozytywnych reguł natury. Suweren, który zgodnie z deistyczną wizją świata, był kimś w rodzaju budowniczego wielkiej maszyny, przestał być w ogóle potrzebny. Maszyna działa już sama”<sup>10</sup>.

Co znamienne, H. Kelsen w swej „czystej teorii prawa” potwierdza przeczucia C. Schmitta i również posługuje się teologicznymi analogiami. Tyle tylko, że teologia polityczna, którą uprawia autor „czystej teorii prawa” ma charakter deistyczny. Austriacki prawnik pisze, że w „czystej teorii prawa” „dualizm prawa i państwa zostaje zniesiony... następnie dualizm instytucji państwa i porządku prawnego

<sup>8</sup> Tamże, s. 60 i n.

<sup>9</sup> John P. McCormick, *Irracjonalny wybór i krwawa walka. Wprowadzenie do teorii Carla Schmitta*, przeł. A. Warso, „Kronos” 2008, nr 3, s. 81.

<sup>10</sup> C. Schmitt, *Teologia...*, dz. cyt., s. 69-70.



przypomina – jeśli spojrzeć z epistemologicznego punktu widzenia – podobny dualizm teologiczny: Boga i świata... Dokładnie tak, jak wszechmocny Bóg w micie o jego wcieleniu musi przyjść na ten świat, podporządkować się jego prawom (a to znaczy: porządkowi natury): musi się narodzić, cierpieć i umrzeć – dokładnie w ten sposób państwo: musi podporządkować się normom prawnym wykreowanym uprzednio przez siebie. Oto właśnie ścieżka do prawdy o świecie: panteizm, który utożsamia Boga ze światem, taka też powinna być droga do rozpoznania prawdy o relacji prawa i państwa – założenie, że państwo jest porządkiem prawnym (założenie prawdziwej nauki o prawie)<sup>11</sup>. W ten sposób jedność państwa i prawa w „czystej teorii prawa” Hansa Kelsena odpowiada panteistycznemu utożsamianiu boga ze wszechświatem<sup>12</sup>. Panteizm – podkreśla Kelsen – przewyższa opozycję między Bogiem i Światem, „czysta teoria prawa” przeciwstawia się analogicznie opozycji Państwa i Prawa<sup>13</sup>.

W konsekwencji na poziomie teorii konstytucyjnej H. Kelsen odrzuca wszelkie koncepcje bazujące na pojęciu władzy konstytuującej, neguje zatem istnienie jakiejś wyższej woli, która determinowałaby znaczenie postanowień konstytucji. Treść norm konstytucyjnych kształtuje się w bieżącym procesie politycznym, a normy konstytucyjne są niczym innym jak „tymczasowo osadzonym wynikiem wcześniejszego konfliktu interesu, który został rozstrzygnięty w drodze kompromisu i nigdy nie był rozumiany jako stały wyraz moralnej tożsamości wspólnoty”<sup>14</sup>. Nie mogą one mieć substancjalnego charakteru, bowiem filozoficzną podstawę dla demokracji może stanowić jedynie relatywizm etyczny<sup>15</sup>,

<sup>11</sup> H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley 1978, s. 318.

<sup>12</sup> Izhak England, *Nazi Criticism against the Normativist Theory of Hans Kelsen – Its Intellectual Basis and Post-Modern Tendencies*, „Israel Law Review” 1998, vol. 32, s. 196 i n.

<sup>13</sup> Marco Haase, *The Hegelianism in Kelsen’s Pure Theory of Law*, [w:] Kenneth Himma (ed.), *Law, Morality, and Legal Positivism: Proceedings of the 21st World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Franz Steiner Verlag, Berlin 2004, s. 231.

<sup>14</sup> L. Vinx, *Hans Kelsen’s...*, dz. cyt., s. 165.

<sup>15</sup> H. Kelsen, *Foundations of Democracy*, „Ethics” 1955, vol. 66, s. 38-39.

zaś rzeczywistą treścią demokracji jest pokój społeczny<sup>16</sup>. Tymczasem dla C. Schmitta władza konstytuująca stanowiła konkretny byt polityczny zdolny do bezpośredniego artykułowania swojej woli politycznej, zaś forma tej artykulacji – demokratyczna czy autorytarna – nie ma w tym kontekście znaczenia.

## V

H. Kelsen uznawał fundamentalne znaczenie partycypacji politycznej, dostrzegając rozróżnienie między formalnie a substancjalnie pojmowaną demokracją. Jednak transformacja naturalnej wolności w wolność polityczną opartą na idei partycypacji w rządzeniu nie musi oznaczać rezygnacji z tej pierwszej. Na jej straży stać ma liberalizm polityczny, który – w przekonaniu H. Kelsena – stanowi integralny element współczesnej doktryny demokratycznej<sup>17</sup>.

Prawo było przez H. Kelsena pojmowane jako instrument pokojowego i politycznie uprawnionego rozstrzygania konfliktów społecznych. Mówiąc wprost, jego zadaniem jest zagwarantowanie instytucjonalnych warunków do zawierania politycznych kompromisów, choć sam H. Kelsen miał świadomość, że rzeczywisty kompromis możliwy jest jedynie w obrębie wspólnoty kulturowo względnie jednolitej<sup>18</sup>. Jednak zdaniem Kelsena akt ustanowienia normy prawnej przez autorytet tetyczny odrywa normę od sfery polityki. By prawo mogło spełniać wspomnianą funkcję w warunkach pluralistycznych społeczeństw, jego autorytet nie mógł zależeć od zewnętrznych (moralnych czy politycznych) wartości. Dlatego, jak podkreśla L. Vinx, pozytywna legalność i polityczna legitymizacja stanowiły dla austriackiego teoretyka zjawiska zupełnie odrębne.<sup>19</sup>

Dla Kelsena polityka stanowiła domenę woli opartej na subiektywnych wartościowaniach<sup>20</sup>. Norma podstawowa

<sup>16</sup> H. Kelsen, *O istocie...*, dz. cyt., s. 90.

<sup>17</sup> H. Kelsen, *Foundations...*, dz. cyt., s. 27.

<sup>18</sup> H. Kelsen, *O istocie...*, dz. cyt., s. 87.

<sup>19</sup> L. Vinx, *Hans Kelsen's...*, dz. cyt., s. 23-24.

<sup>20</sup> H. Kelsen, *Science and Politics*, [w:] tegoż, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, University of California Press, Berkeley 1957, s. 364.

konstituować ma zaś system prawny wolny od odniesień do sfery faktów. Stanowi transcendentalno-logiczne założenie dzięki któremu możliwe jest obiektywne, naukowe poznanie norm prawnych. Inaczej niż pierwotni pozytywiści – J. Bentham i J. Austin, którzy poszukiwali źródeł prawa w woli historycznego prawodawcy, w normatywizmie – dzięki przyjęciu założenia obowiązywania normy podstawowej – subiektywna wola władzy zostaje transformowana w legalny, poddający się obiektywnemu poznaniu porządek prawny.

Norma podstawowa pozwala Kelsenowi rozstrzygnąć błędne koło nowożytnego konstytucjonalizmu, tzn. logiczną relację między władzą konstytuującą a konstytuowaną<sup>21</sup>. Suwerenna władza konstytuująca, właśnie ze względu na swój pierwotny, nieautoryzowany przez żadne uprzednie normy charakter, ze swej istoty musi stanowić arbitralne, *stricte* faktualne rozstrzygnięcie. Z tego względu – jak zauważyła H. Arendt – potrzebuje ona zewnętrznego źródła, które nadałoby jej legalność i przekraczało sam akt legalizacji<sup>22</sup>.

Dla Kelsena bez znaczenia było jak, kiedy i kto kreuje konstytucyjną demokrację. Oznacza to, iż demokratyczne państwo nie musi wcale być demokratycznie ufundowane. Norma podstawowa zdaje się zatem pełnić rolę „szlachetnego kłamstwa” czystej teorii prawa. Każdy reżim polityczny, czy to demokratyczny czy autokratyczny pochodzi z analogicznie arbitralnej, poza-prawnej woli realizowanej przez przymus a uprawomocnianą za pomocą identycznej hipotetycznej normy podstawowej<sup>23</sup>. U podstaw każdego porządku leży zatem pierwotna, rewolucyjna w swej naturze władza, która w drodze działań pozaprawnych dokonuje zastąpieniem obowiązującej konstytucji nowym aktem normatywnym. Kelsen nie ukrywa bowiem, iż pierwotne tworzenie konstytucji jest aktem rewolucyjnym, bez negocjacji kompromisów i dyskusji. Skaza arbitralnej faktyczności zostaje jednak za sprawą normy podstawowej oraz monistycznej teorii państwa wyeliminowana z bieżącego funkcjonowania organów władzy.

<sup>21</sup> Andreas Kalyvas, *The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen's Legal and Political Theory*, „Philosophy & Social Criticism” vol. 32, 2006, no. 5, s. 578-580.

<sup>22</sup> Hannah Arendt, *O rewolucji*, przeł. M. Godyń, Czytelnik, Warszawa 2003, s. 200 i n.

<sup>23</sup> A. Kalyvas, *The Basic...*, dz. cyt., s. 580-581.

Zdecydowanie bardziej realną formę kategoria suwerenności przybiera w teorii konstytucyjnej C. Schmitta. Suweren to ten, kto decyduje o zawieszeniu porządku – zatem porządek nie może być w pełni ufundowany na prawie pozytywnym. W konsekwencji władza konstytuująca jest stale obecna (w sensie egzystencjalnym) w praktyce politycznej<sup>24</sup>. Zdaniem niemieckiego filozofa H. Kelsen redukował konstytucję do szczególnej kategorii norm prawnych. Tymczasem konstytucja to coś więcej niż rygorystyczny formalizm świata powinności.

Filozofia C. Schmitta respektuje, a wręcz afirmuje polityczność życia społecznego, którą H. Kelsen próbuje wyprowadzić poza nawias systemu prawa. Schmittiańskie pojęcie polityczności zakłada zmienność tego, co polityczne. Jest dziedziną ludzkiego życia, którą cechuje dynamizm, irracjonalność, nieprzewidywalność. Polityczność (efekt ludzkiej: grzeszności, konfliktowości, irracjonalności) uderza w oświeceniową pychę racjonalistów, pozytywistyczne przekonanie o „przezwyciężeniu suwerenności politycznej suwerennością prawa”, wiarę w moc instytucji, skutki inżynierii społecznej i zasadę racjonalności prawodawcy. Jak relacjonuje A. Wielomski w przekonaniu C. Schmitta „liberalne myślenie o prawie charakteryzuje się nadmiernym zaakcentowaniem elementu abstrakcyjnego i bezosobowego (*die unpersönlicher Norm*)”. W ten sposób „przed obserwatorami ukryty jest tkwiący w prawie element wolicjonalny. Gdy chodzi o zagrożenie bezpieczeństwa państwa najważniejsza staje się nie norma, lecz decyzja o jej egzekucji. Tymczasem – jak zauważa C. Schmitt – każda „decyzja jest, patrząc z punktu widzenia normatywnego, zrodzona z niczego”<sup>25</sup>.

Władza suwerena jest legitymowana ze względu na umiejętność podjęcia decyzji. Dla jej ważności i skuteczności niepotrzebna jest podstawa prawna, decyzja polityczna stoi

<sup>24</sup> Richard S. Kay, *Constituent Authority*, „American Journal of Comparative Law” 2011, vol. 59 (3), s. 721; David Dyzenhaus, *Constitutionalism in an Old Key: Legality and constituent power*, „Global Constitutionalism” 2012, vol. 1 (2), s. 240.

<sup>25</sup> Adam Wielomski, *Bezpieczeństwo konstytucyjne w myśli prawo-politycznej. Źródła i recepcja doktryny Carla Schmitta*, Portal Konserwatyzm.pl: [www.konserwatyzm.pl](http://www.konserwatyzm.pl) (dostęp: 22.09.2013).

ponad obowiązującą normą. To właśnie decyzja suwerena unieważnia (a właściwie „zawiesza”) system prawa, a prawo pozytywne nie unieważnia decyzji suwerena. Stąd silna krytyka pozytywizmu (również koncepcji H. Kelsena), które opisują państwo przez pryzmat zasad jego działania (norm abstrakcyjnych i ogólnych), a nie dostrzegają sytuacji kryzysu. Absolutyzują przepisy i normy, lekceważąc decyzję władzy w chwili niebezpieczeństwa.

Rzeczywistość polityczna międzywojennych Niemiec zdawała się zdaniem Schmitta najlepiej dowodzić klęski teorii liberalnego konstytucjonalizmu wspartego pozytywistycznym rozumieniem prawa. O ile H. Kelsen wsparcia i ochrony porządku prawnego Republiki Weimarskiej poszukiwał we władzy sądowniczej, o tyle C. Schmitt widział w tej sytuacji szczególną rolę prezydenta legitymowanego do działania na podstawie art. 48 ust. 2 konstytucji, który stanowił o sytuacji nadzwyczajnej: „kiedy w Rzeszy Niemieckiej jest zagrożone bezpieczeństwo publiczne i porządek Prezydent Rzeszy może poczynić konieczne zarządzenia w celu przywrócenia publicznego bezpieczeństwa i porządku, a w razie potrzeby uciec się do pomocy siły zbrojnej. W tym celu może on przejściowo zawiesić zupełnie lub częściowo prawa zasadnicze, ustanowione w art. 114, 115, 117, 118, 123, 124 i 153 niniejszej Konstytucji”.

Mogłoby wydawać się, że niemiecki prawnik popełnia w tym miejscu błąd niekonsekwencji – odwołując się do przepisów konstytucji Republiki Weimarskiej (a zatem regulacji prawa pozytywnego) uznaje tym samym autorytet *Verfassungsgesetz*, które przecież do niedawna zaciekle zwalczał i w którego moc powątpiewał. Innymi słowy: powstaje pytanie, czy dyskredytujący rozwiązania przyjęte w ustawie zasadniczej z 1919 r. C. Schmitt nie jest jednocześnie legalistą, postulującym konsekwentne realizowanie jej postanowień. Może powstać wrażenie, że autor „*Politische Theologie*” raz szuka uzasadnienia działania suwerena w treści art. 48 ust. 2 obowiązującej ustawy zasadniczej, natomiast innym razem uważa, że suweren nie potrzebuje jakiejkolwiek podstawy prawnej dla swych poczynań, ponieważ z samej istoty suwerenności wynika możliwość narzucania swej woli innym.

Ta pozorna niekonsekwencja daje się jednak wytłumaczyć – jest wynikiem nie tyle pomyłki autora, który stawia

wewnętrznie sprzeczne tezy, ale elastyczności filozofii politycznej decyzyzjonizmu. Zgodnie z przedstawianym w literaturze poglądem, rok 1933 był dla myśliciela momentem przełomowym, w którym dotychczasowy ład polityczny (Republika Weimarska) ostatecznie załamał się i próby jego obrony skazane były na niepowodzenie. Nawiązując do hobbesowskich teorii – w 1933 r. niemiecki Lewiatan umarł i nastąpił powrót do brutalnego „stanu natury”. Dopóki istniała możliwość ocalenia weimarskiego systemu, suweren działał w wytworzonym ładzie politycznym, którego reguły winien respektować, podczas gdy w stanie wojny tylko autorytatywna decyzja suwerena stanowić może podstawę nowego porządku<sup>26</sup>. W konsekwencji uznać należy, że decyzyzjonizm może legitymizować zarówno dyktaturę, jak i demokrację.

## VI

H. Kelsen i C. Schmitt są autorami przeciwstawnych koncepcji ładu konstytucyjnego. Podczas gdy H. Kelsen szuka bezpieczeństwa w generalnych i abstrakcyjnych normach systemu prawnego, jego uporządkowaniu – C. Schmitt widzi potrzebę dopuszczenia dyktatorskich uprawnień suwerena, nieskrępowanego jakimikolwiek normami prawnymi. C. Schmitt w swych polemikach argumentuje, że pozytywistyczne wyobrażenie hierarchicznego i zamkniętego systemu prawa (tzw. „wewnętrznego systemu legalności”), w którym indywidualna i konkretna decyzja zawsze stanowi rozwinięcie norm o wyższej mocy derogującej – jest fikcją w przypadku eliminacji „elementu ludzkiego”. Sytuacja wyjątkowa wymaga pytać nie o kształt norm prawnych i ich hierarchiczne powiązania, lecz wówczas „fundamentalne pytanie brzmi: kto w sytuacji konfliktu rozstrzyga, na czym polega interes publiczny i państwowy, publiczne bezpieczeństwo i porządek, kwestia ocalenia publicznego itd”<sup>27</sup>.

Polemika H. Kelsena i C. Schmitta nie jest sporem przebrzmiałym. Formułowane w nim argumenty odzywają we

<sup>26</sup> Ryszard Skarżyński, *Od chaosu do ładu*, Instytut Studiów Politycznych PAN, Warszawa 1992, s. 13-14.

<sup>27</sup> C. Schmitt, *Teologia...*, dz. cyt., s. 46.

współczesnej krytyce liberalnego konstytucjonalizmu prowadzonej z pozycji republikańskich. Jak zauważa A. Kozak na nowo podnosi się, iż „wartość państwa nie sprowadza się do prawa, a więc nie można zaufać kelsenowskiej idei legalizmu. Prawo nie jest kategorią pierwotną i samowystarczającą, lecz przeciwnie – jest wtórne wobec wspólnej woli i domaga się dookreślenia przez ukształtowany na zewnątrz prawa obyczaj, w tym także polityczny<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Artur Kozak, *Dylematy prawniczej dyskrecjonalności. Między ideologią polityki a teorią prawa*, [w:] Wiesław Staśkiewicz, Tomasz Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 73.